

A TEORIA DO DIREITO EM FACE DOS NOVOS DESAFIOS E EXIGÊNCIAS DA ÉTICA AMBIENTAL

Flávio José Moreira Gonçalves¹

RESUMO: A evolução histórica do direito levou-o a deparar-se com a necessidade de proteger realidades jurídicas que suplantam, em muitos aspectos, a esfera dos interesses individuais e mesmo coletivos. O Direito Ambiental surge e desenvolve-se, sobretudo, desta necessidade de tutelar interesses difusos, transindividuais. Apesar disto, os conceitos da teoria fundamental do Direito ainda estão vinculados à visão tradicional, eminentemente antropocêntrica, civilista e individualista, o que tem representado obstáculo epistemológico significativo ao desenvolvimento do Direito Ambiental. Este artigo discute os reflexos desta contradição e as dificuldades em pensar uma teoria do Direito cujas categorias possam emancipar-se do juscivilismo clássico, podendo revelar-se mais adequadas aos novos paradigmas da ética ambiental emergente, cujos conceitos em muito suplantam os limites do antropocentrismo e do individualismo, heranças do pensamento filosófico moderno, sobretudo de Kant e Descartes. Apresenta também as dificuldades enfrentadas pelos juristas e seu senso comum teórico, sobretudo no momento de constituir uma teoria fundamental do próprio Direito Ambiental, disciplina jurídica ainda muito recente, que por isto mesmo resente-se de maior autonomia e de um quadro conceitual mais consistente, apto a fornecer-lhe os meios para enfrentar os desafios representados pela exigência de uma ética adequada à civilização científico-tecnológica e à sociedade de risco.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Ambiental; teoria fundamental; ética ambiental; obstáculo epistemológico.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SITUAÇÃO DO PROBLEMA: DO ANTROPOCENTRISMO E SUA CRISE ÀS DIFICULDADES CONCEITUAIS NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL

A modernidade foi profundamente marcada pela presença da categoria central do sujeito e, por conseguinte, do sujeito de direito. Na filosofia, desde a reviravolta antropocêntrica operada por Kant, que apresentava o homem como único ser dotado de dignidade, reconhecido como *fim em si* mesmo até as conclusões de Descartes, segundo o qual mesmo os animais não passariam de máquinas, reflexo de sua visão mecanicista e reducionista de mundo, tudo passa a ser pensado considerando apenas o bem intrínseco do sujeito humano.

¹ Doutorando em Educação Brasileira, vinculado ao Núcleo de Avaliação Educacional (NAVE), da Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito (UFC) e Mestre em Filosofia (UECE). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC).

A partir de tais concepções, caberia ao sujeito-humano, racional e livre, dominar a natureza, transformá-la e submetê-la aos seus caprichos. A ética preocupava-se apenas com as relações humanas e a natureza jamais ingressava como objeto da reflexão dos eticistas. Tais concepções abriram caminho para o liberalismo jurídico, o qual serviu de lastro à construção dos conceitos básicos da teoria do Direito tradicional, profundamente marcado pelo individualismo de suas construções e pelo caráter dogmático e juscivili² dos institutos, destacadamente a posse, a propriedade e os contratos, como já denunciava Pachuckanis, para quem a forma do sujeito jurídico encontra conexão íntima com a concepção burguesa de proprietário das mercadorias³.

Com as conseqüências do desenvolvimento industrial, economicamente nefastas para as classes menos favorecidas, ambientalmente arriscadas para toda a humanidade e para as demais formas de vida, o Estado Liberal entra em crise e dá lugar a um modelo de organização jurídico-política mais preocupado com a efetivação dos direitos sociais e coletivos, voltado à redução das desigualdades e disposto a realizar algum grau de justiça social. Nascia o Estado Social, das prestações positivas e das políticas públicas fundadas no princípio da igualdade.

Se no Estado Liberal, os direitos de liberdade (propriedade, livre iniciativa, livre concorrência, liberdade de expressão, direito de ir e vir etc), de cunho eminentemente individual, davam a tônica, agora o direitos de igual-

² Cf. Miaille, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 18 (“Na seqüência de acontecimentos que nada têm de ocasionais – e cuja história faremos mais tarde – a introdução ao direito é objecto nos programas actuais de um ensino integrado na cadeira de direito civil do ano respectivo”) e Villey, Michel. **Philosophie du droit**, précis Dalloz, 1975, p. 9 (“Perguntem sobre o que é que assenta a nossa pretensa ciência do direito, como é que se justificam os nossos métodos, quais são as fontes dos nossos conhecimentos quem saberá responder? [...] O jurista omite a justificação, a fundamentação de seu método de trabalho ou a explicação de porque é que as soluções se deixam ir buscar por esta ou àquela fonte”)

³ Cf. PACHUCKANIS, Eugene B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 8, onde é possível ler, textualmente: “Depois de Marx, a tese fundamental, a saber a de que o sujeito jurídico nas teorias do direito se encontra numa relação mais íntima com o proprietário das mercadorias, não precisava mais uma vez ser demonstrada”

dade ou direitos sociais (direito à educação, saúde, previdência, proteção dos hipossuficientes etc) seriam o norte das políticas públicas.

No âmbito da teoria do Direito, importantes mudanças são operadas para adequar os velhos conceitos jurídicos a este novo modelo, de Estado Social. A ênfase anteriormente dada às sanções penais, como conseqüências negativas da ação ilícita do sujeito, abre espaço para uma maior valorização das sanções premiais, como decorrência da necessidade de estimular e promover as condutas desejáveis e sobrenormais, através de recompensas. Isto porque vigiar e punir deixava de ser a marca principal ou única da atuação do Estado, até então absenteísta. Nascia o Estado Promocional, intervencionista, pró-ativo no desenvolvimento de políticas públicas visando concretizar uma maior igualdade social. Por outro lado, a excessiva preocupação com a estrutura da norma jurídica e seu conceito cediam também espaço para uma abordagem destinada a valorizar a função desempenhada pela norma no ordenamento jurídico, na tentativa de que esta cumprisse sua finalidade, garantindo a eficácia dos direitos de segunda dimensão. Dava-se um importante passo na teoria jurídica, de uma visão estruturalista para uma abordagem funcionalista, o que se refletiu na obra de extraordinários juristas, dos quais destacaria Norberto Bobbio⁴.

Ora, se a teoria do Direito passou por mudanças tão significativas no alvorecer do Estado Social, até mesmo em face da crise do Estado Liberal, absenteísta, por que haveria de permanecer inalterada com a perspectiva de desenvolvimento, recente, do Estado de Direito Ambiental? Se conceitos tão relevantes, como os conceitos de norma e de sanção sofrem alterações e ampliações relevantes como fruto da evolução histórica, jurídica e política das sociedades humanas, por que haveriam de manter-se inalterados os conceitos de sujeito de direito, de relação jurídica e de bem jurídico?

Precisamos destacar que o sujeito de direito atomizado é, de certo modo, também uma invenção da modernidade, fruto da ruptura que se estabeleceu entre homem e natureza a partir do mecanicismo cartesiano-newtoniano. Tal concepção mecanicista, de dominação da natureza e subju-

⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007

gação completa desta aos interesses individuais egoísticos dos agentes econômicos, ganhou enorme impulso com o liberalismo e atingiu seu patamar máximo com a revolução científico-tecnológica, quando a esfera da técnica passou a dominar todos os setores da vida, vendendo a esperança de um admirável mundo novo.

Hoje, porém, já sabemos que progresso científico e tecnológico, assim como desenvolvimento econômico, nem sempre significam avanço no sentido ecológico. Para se ter uma idéia, uma das conquistas mais recentes da evolução científico-tecnológica é a chamada nanotecnologia, que inicialmente apresentava-se até como uma promessa de garantia da sustentabilidade ambiental. Porém, com a concorrência econômica e o interesse de grupos rivais, já há quem reconheça um desvio de rumo em seu projeto original, para colocá-la a serviço das forças do mercado. Assim afirmam Joachim e Plévert:

Nos anos 1980, a nanotecnologia era um sonho para todos aqueles que se sentiam preocupados com o futuro do planeta. Tornava-se evidente que um dia seria preciso reduzir a quantidade de matéria e energia consumidas para fabricar todas as nossas máquinas [...] A nanotecnologia, engatinhando na época, segundo esperávamos, iria libertar a indústria da utilização de matérias-primas em massa para fazê-la entrar numa era de desenvolvimento sustentável [...] Mas esses belos projetos foram tragados pelas nanotecnologias no sentido amplo, as oriundas das tecnologias clássicas de microfabricação, e acabaram por sucumbir. As nanotecnologias, atualmente, não estão associadas à esperança de uma indústria mais econômica com os recursos do planeta, mas, ao contrário, a temores: não seriam tóxicas? Não poderiam fugir ao nosso controle?⁵

Como ressalta Comparato, “vivemos, no mundo contemporâneo, uma fase de intensa hominização da biosfera [...] É este, como ninguém ignora, um dos principais, senão o principal problema ético dos dias atuais”⁶. Por outro lado, a emergência de novos sujeitos coletivos de direito⁷, cujas rei-

⁵ JOACHIM, Christian e PLÉVERT, Laurence. **Nanociências**: a revolução invisível. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 13-15

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 21

⁷ Cf. FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

vindicações passaram a ser objeto de atendimento parcial pelo novo Estado Social, também foi um marco no desenvolvimento do pensamento jurídico, forçando o desenvolvimento de novas categorias, até então desconhecidas dos juristas. A partir destes novos sujeitos, foi possível falar também, no âmbito do Direito Processual, em um processo coletivo e em ações coletivas, afinal é preciso que a cada direito corresponda uma ação que o assegure, mas não é necessário que cada sujeito tenha de defender (individualmente) todos os direitos, mesmo aqueles nos quais haja certa homogeneidade com os direitos dos demais, fazendo-o em ação própria, como autor individual. No âmbito do direito privado, passou-se a destacar-se a *função social dos contratos* e a *função social da empresa*, que se não vinculou tais institutos ao dirigismo estatal, impôs uma outra ordem de preocupações aos agentes econômicos além do lucro puro e simples.

Acontece que a concepção tradicional de relação jurídica, pensada ainda a partir daquele sujeito de direitos atomizado, herança da modernidade e do pensamento jurídico liberal, ainda é essencialmente simétrica. A cada direito de um sujeito corresponderia uma obrigação de outro sujeito e vice-versa, bem nos moldes juscivilistas. Tal modelo, por sua vez, é orientado por uma ética de fundamento kantiano, que leva em conta apenas a proximidade e a simultaneidade, isto é, os sujeitos próximos e atuais, com os quais se desenvolve uma relação de liberdade compartilhada. Para se ter uma idéia do anacronismo deste fundamento ético, Kant nunca teve de perguntar-se sobre a relação entre sujeitos de direito existentes em um dado momento e aqueles que ainda não existiam, isto é, as gerações futuras, cuja existência e subsistência sequer eram postas em dúvida, ambas tidas como dados certos e inquestionáveis.

Ademais, Kant entendia como sujeito apenas o homem. Somente ele constituía-se como um fim em si mesmo, dotado que era de um valor imanente (a *dignidade da pessoa humana*⁸), o que denota o antropocentrismo da

⁸ Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**: a defesa do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. Nesta obra, é possível ler o seguinte trecho, também caracterizado pela visão antropocêntrica: “Destarte,

ética kantiana. Toda a teoria de Kant é formulada tendo como objeto o conjunto dos seres racionais, reflexo da posição cartesiana que já separara a *res cogitans* (coisa pensante, o homem) da *res extensa* (coisas, entes não pensantes, objetos, nesta categoria incluída a própria natureza).

Nos dias de hoje, mais grave ainda que a consideração antropocêntrica, inspirada no kantismo, do homem como único fim em si mesmo, é a aliança entre utilitarismo, pragmatismo e mercado, que chega até mesmo a violar os parâmetros do modelo ético kantiano, tomando os sujeitos de direito, mesmo os indivíduos, como meios para alcançar fins egoísticos dos investidores. A vida tornou-se uma mercadoria, como outra qualquer, sopesada na lógica utilitarista do custo-benefício que invadiu a seara política e das discussões públicas.

Como destaca o próprio Sandel,

O vazio moral da política contemporânea tem algumas explicações. Uma delas é a tentativa de banir do discurso público a questão dos ideais. Na esperança de evitar confrontos sectários, muitas vezes insistimos em que os cidadãos deixem suas convicções morais e espirituais para trás ao entrar na arena pública. Apesar da boa intenção, contudo, a relutância em aceitar na política argumentos sobre os ideais de vida abriu caminho para o triunfalismo do mercado e a constante ascendência do raciocínio mercadológico [...] Mas nossa relutância em considerar os argumentos morais e espirituais, nesse momento de adoção da lógica do mercado, veio a cobrar um preço alto: privou o discurso público de energia moral e cívica, e contribuiu para a política tecnocrática e gerencial que hoje aflige muitas sociedades⁹.

Como ressalta Jonas¹⁰, até o advento da crise ambiental e da constatação das sérias ameaças à biosfera representadas pelas ações antrópicas, bem

cabe reiterar que o princípio fundamental da República Federativa do Brasil que consagra a dignidade da pessoa humana deve não só ser estabelecido como “pisso” determinante de toda e qualquer política de desenvolvimento, como necessariamente, projetar-se sobre o modo como devam ser assegurados todos os demais direitos na sociedade previstos na Constituição Federal” (p. 15)

⁹ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 19

¹⁰ Cf. JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-RIO, 2006

como da nova magnitude do agir humano sobre a ecosfera, tudo proporcionado pela ciência e pela técnica aliadas ao grande capital, é possível afirmar que nenhuma ética tradicional teve de defrontar-se com a necessidade de pensar o bem de forma mais ampla, para além do bem humano. Neste sentido, embora não sejam dispensáveis as máximas da ética tradicional (dignidade humana, amor ao próximo, respeito recíproco etc) para o âmbito das relações humanas, todas as éticas do passado revelam-se insuficientes para refletir sobre a relação homem-natureza, mormente a ética kantiana e a ética utilitarista, estritamente marcadas pela *fantasia da separatividade*¹¹ que dominou inteiramente o pensamento moderno.

Neste contexto, de crise ambiental e ameaça planetária, surge a necessidade de uma nova ética, uma ética da responsabilidade, capaz de reorientar a ação do homem no sentido de agir de modo a considerar, no âmbito de suas ações, as gerações presentes e futuras, a necessidade de preservar a vida humana autêntica. E por que a vida humana autêntica e não a vida de uma maneira geral? Porque o homem, antropocentrismo à parte, é ainda o único sujeito capaz de sentir-se responsável pelos demais seres vivos, aquele que se encontra em condições plenas de preservar o próprio sentimento de responsabilidade. Na ética da responsabilidade, proposta por Jonas, ao invés de seguirmos cegamente a máxima baconiana segundo a qual *saber é poder* e, assim, utilizar o conhecimento que temos da natureza para dominar os outros, deveríamos invertê-la para afirmar que *poder é saber*, quanto mais poder detemos sobre os outros e sobre a natureza, maior deve ser a nossa sabedoria, a nossa capacidade de prospecção de efeitos, enfim, a nossa responsabilidade. Como consequência, o homem como o único ser capaz de exercer poder sobre os demais, tem o dever de cuidado em relação aos demais seres vivos, garantindo a continuidade da biosfera em face das ameaças muitas vezes geradas pela sua própria atuação desmedida.

¹¹ Cf. WEIL, Pierre. **A Arte de Viver em Paz**: por uma nova consciência e educação. tradutores Helena Roriz Taveira e Hélio Macedo da Silva. São Paulo: Editora Gente, 1993. Para Weil, “o problema da 'fantasia da separatividade' é que, a partir do momento em que vemos o mundo exterior como algo apartado de nossa própria natureza, começamos a levantar fronteiras imaginárias, a criar limites. Todos os conflitos nascem sobre esses limites fantasiosos do universo” (p. 52)

Como ressaltam Di Felice e Pireddu,

O advento de uma nova racionalidade, na qual a inteligência da natureza e a inteligência humana passam a não mais se contraporem, repercuta nos processos decisórios políticos ou empresariais de várias formas, colocando com força a necessidade de implantação de estratégias e de intervenção não mais a curto, mas a longo prazo. Nenhum ator social, seja sujeito, sociedade civil, empresa ou setor público, pode hoje ignorar tais mudanças de perspectivas e de ações que obrigam todos nós a uma superação não apenas político-estratégica, mas também filosófica, ou seja, capaz de realizar a passagem do contrato social para o contrato natural, isto é, da forma social antropomórfica para as formas ecossistêmicas ou simbióticas.¹²

A ética ambiental, portanto, é uma ética da responsabilidade e do cuidado. Sentir-se responsável pelos que estão em maior situação de vulnerabilidade e agir a fim de resguardar o próprio objeto de nossa responsabilidade, preservando a esfera da ação antrópica que possa revelar-se insustentável é um imperativo do nosso tempo. Quanto mais irreversível for uma intervenção na natureza, tanto mais se exigirá prudência¹³ do agente para garantir a existência das gerações presentes e futuras de seres vivos.

Assim, enquanto Kant propõe um imperativo categórico como fundamento de sua ética do dever, imperativo este construído desconsiderando os demais seres não-rationais e tomando o homem como único ser dotado de dignidade, um fim em si mesmo (“Age de tal maneira que tu possas tomar a pessoa do outro sempre como um fim em si mesmo”), direcionado ao sujeito-indivíduo e à sua consciência, Jonas propõe uma ética da responsabilidade, cujo imperativo considera a crítica ao antropocentrismo kantiano como ponto de partida para propor uma ampliação da idéia kantiana de fim em si, abarcando a própria biosfera como tal (“Age de tal forma que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica sobre a terra”).

¹² DI FELICE, Massimo e PIREDDU, Mario (orgs.). **Pós-humanismo**: as relações entre o humano e a técnica na época das redes. São Caetano do Sul-SP: Difusão Editora, 2010, p. 27

¹³ No Direito Ambiental, a velha virtude grega da “phronésis”, aparece configurada nos princípios da prevenção e da precaução, verdadeiros

Convém ressaltar, porém, que o imperativo ético proposto por Jonas é muito mais voltado para um agir coletivo como um bem público, diferentemente daquele proposto inicialmente por Kant, de cunho eminentemente individualista e visivelmente antropocêntrico. Para Jonas, são sobretudo os homens públicos, que detêm o comando das ações do Estado, que devem desenvolver políticas públicas capazes de levar em consideração este imperativo. Embora não exima o sujeito individual de sua responsabilidade nas ações particulares, reconhece que a mera ação individual, romântica e considerando apenas o presente, já não é capaz de colocar um freio na escalada de destruição da ecosfera. Como assevera Beck,

[...] na sociedade de risco, o passado perde sua função determinante para o presente. É o futuro que vem substituí-lo e é, então, alguma coisa de inexistente, de construído, que se torna a 'causa' da experiência e da ação no presente¹⁴

Não somente a ética de Kant, é bom que se diga, mas também todas as éticas anteriores e seus estudiosos, nenhum deles teve de deparar-se com a magnitude dos problemas enfrentados na contemporaneidade, o que justifica que suas teorias éticas não tenham contemplado a biosfera como grandeza deontológica. Para Bauman, que cunhou a expressão *Ética pós-moderna*, título de um de seus livros, “a 'agenda moral' de nossos tempos está cheia de itens em que escritores éticos do passado mal ou sequer tocaram, e por boa razão: em sua época eles não eram articulados como parte da experiência humana”¹⁵

Em nossos dias, a irreversibilidade de certas ações e intervenções humanas na natureza tem sido de uma tal ordem de grandeza que passaram a representar séria ameaça a manutenção das condições de vida no planeta, com forte impacto negativo na biosfera. Como acentua Cretella Neto:

Desde as traineiras que raspam os fundos marinhos até as gigantescas represas que impedem o escoamento de milhões de toneladas de sedimentos, passando pela devastação das florestas, a irrigação de vastas fazendas, a escavação de minas com alguns quilômetros de

¹⁴ BECK, Ulrich *apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 56

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2006, p. 5

profundidade, o derretimento dos glaciares, os seres humanos estão provocando visíveis mudanças planetárias¹⁶.

Assim, as transformações humanas no ambiente, na acepção mais ampla¹⁷ possível e a própria relação homem-natureza passaram a ser consideradas pela ética contemporânea como objeto da reflexão moral. Se antes a ética preocupava-se apenas com a relação homem-homem, caracterizadas pela proximidade e simultaneidade, hoje torna-se inaceitável uma ética que não seja, também, ética ambiental, isto é, que não leve em consideração na análise do agir a sobrevivência das gerações presentes e futuras, a preservação da ecossfera, da biosfera como um todo, tomando-a também como algo de valor intrínseco, também dotado de fim em si.

Vivemos em uma sociedade de risco e as ameaças decorrentes deste empreendimento não podem e nem devem ser ignoradas. Tal conceito de sociedade de risco, desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck e também estudado pelo italiano Raffaele De Giorgi¹⁸, precisa ser melhor compreendido. Para Guerra,

O conceito de sociedade de riscos como nova categoria da sociedade atual designa um estágio ou superação da modernidade em que comecem a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isso levanta a questão da autolimitação daquele desenvolvimento, assim como da tarefa de redeterminar os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e

¹⁶ CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48

¹⁷ Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77 (“Com isso, conclui-se que a definição de meio ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um *conceito jurídico indeterminado*, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma [...] E com isso encontramos pelo menos quatro significativos aspectos que já indicávamos desde a 1ª edição de nosso Curso (2000) e que acaparam sendo acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal: meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho”). O autor chega a falar, inclusive, na existência do meio ambiente digital, já que “o meio ambiente cultural por via de consequência manifesta-se no século XXI em nosso país exatamente em face de uma cultura que passa por diversos veículos reveladores de um novo espaço civilizatório adaptado necessariamente à sociedade da informação” (p. 81)

¹⁸ Cf. DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Vários tradutores. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998 e BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Madrid: Paidós, 1998

distribuição das consequências do dano atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais.¹⁹

Assim, é preciso encontrar limites éticos para a atuação dos indivíduos e das corporações. Esta é uma exigência de nosso tempo à qual a teoria do Direito precisa dar respostas consistentes, reconstruindo, ampliando ou reformulando em bases inteiramente novas, categorias pensadas a partir de um projeto ético específico (o projeto da modernidade), cujos sinais de exaustão são tão visíveis quanto dramáticos.

2 UMA PROPOSTA DE TRABALHO: REDISCUSSÃO DOS CONCEITOS CENTRAIS DA TEORIA DO DIREITO PARA ADEQUÁ-LOS AOS NOVOS PARADIGMAS DA ÉTICA AMBIENTAL

Tendo apresentado as circunstâncias que conduziram a uma transição do Estado Liberal ao Estado Social, bem como seus reflexos diretos na Teoria do Direito e o contexto que forçou o surgimento, a posteriori, de uma ética da responsabilidade, ambiental, agora cumpre discutir de forma mais pormenorizada as principais repercussões na teoria jurídica que poderão tornar-se necessárias com o advento do Estado de Direito Ambiental.

Do ponto de vista epistemológico, uma mudança de paradigma implica uma crise de hegemonia do paradigma dominante e, como afirmava Thomas Kuhn, em momentos pré-paradigmáticos é muito comum que dois ou mais paradigmas disputem o espaço explicativo, nenhum deles afirmando-se como hegemônico.

Na teoria jurídica, não tem sido diferente. A crise do paradigma positivista ainda não representou o triunfo total de um novo paradigma e, como reflexo disto, na doutrina, vemos subsistirem velhas e novas idéias que mal conseguem compatibilizar-se, numa verdadeira crise de hegemonia do paradigma dominante. Como aplicar o conceito de bem ao meio ambiente sem vinculá-lo a uma lógica utilitarista e mercadológica? É suficiente dizer que se trata de macrobem para garantir sua proteção? Que categorias jurídicas gerais, inteiramente novas, é necessário forjar para alcançar o reconheci-

¹⁹ GUERRA, Sidney e GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 31

mento de dignidade e direitos a sujeitos não-humanos, como os animais, as plantas e a própria biosfera? Convém fazê-lo? É interessante discutir antes se alguma vantagem prática pode advir disto?

O antropocentrismo que ainda caracteriza o pensamento jurídico tradicional irá surpreender mesmo alguns teóricos defensores do Estado de Direito Ambiental utilizando terminologias inadequadas, categorias construídas no contexto do Estado Liberal, incapazes de dar conta da nova esfera de realidades agora objeto de tutela jurídica. Mas se o fazem é exatamente pela ausência de uma nova teoria fundamental do direito, mais apta a pensar esta ampla e complexa realidade que somente agora se descortina. Como assevera Jonas, “la responsabilidad tecnológica exige aún más de lo que la moral y el derecho em general piden en el terreno ya conocido”²⁰.

Tomemos, por exemplo, o conceito de sujeito de direito. A doutrina reconhece como tal todo aquele ente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica, fazendo-o sob uma perspectiva essencialmente jusprivatística. Há enorme dificuldade, sob esta perspectiva, de admitir que animais não-humanos possam ser titulares de direitos, sob o argumento de que seriam também incapazes de contrair obrigações. Ora, mas esta mesma doutrina admite a existência de personalidade jurídica das corporações, as quais tornaram-se tão poderosas no sistema capitalista a ponto de submeter a elas os interesses do Estado enquanto ente público. Se as corporações (pessoas jurídicas) já são tidas como sujeitos de direito, reconhecendo a legislação inclusive a existência de personalidade jurídica a entidades/universalidades de fato (condomínios, massa falida, espólio etc), por que não fazê-lo em relação aos animais, aos biomas e ecossistemas?

Vernengo já chegou a reconhecer o caráter arbitrário, inteiramente normativo-dogmático, da construção da categoria sujeito de direito:

Pronto se advierte que hay entes que no son seres humanos y que aparecen en las normas jurídicas y en la vida social como sujetos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones: sociedades comerciales, fundaciones, Estados, organismos internacionales, etcétera. Por lo tanto, la identificación inicial e ingenua del sujeto jurídico

²⁰ JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética**: sobre la práctica del principio de responsabilidad. Traducción Carlos Fortea Gil. Paidós: Barcelona, 1996

com la persona humana, es inadecuada. El concepto de sujeto jurídico es una noción normativa y su análisis tendrá que ser efectuado a partir de las normas em que aparecen referencias a sus derechos y obligaciones²¹.

Tendências recentes, no âmbito da ética e com alguns reflexos da teoria jurídica, têm se desenvolvido no sentido de reconhecer à Terra a condição de sujeito de direitos, também dotada de dignidade, refletindo antigas concepções dos povos tradicionais. Para Leonardo Boff,

Há uma tradição da mais alta ancestralidade que sempre entendeu a Terra com a Grande Mãe que nos gera e que fornece tudo o que precisamos para viver. As ciências da Terra e da vida vieram, pela via científica, nos confirmar esta visão. A Terra é um superorganismo vivo, Gaia, que se autoregula para ser sempre apta para manter a vida no planeta. A própria biosfera é um produto biológico pois se origina da sinergia dos organismos vivos com todos os demais elementos da Terra e do cosmos. Criaram o habitat adequado para a vida, a biosfera. Portanto, não há apenas vida sobre a Terra. A Terra mesma é viva e como tal possui um valor intrínseco e deve ser respeitada e cuidada como todo ser vivo. Este é um dos títulos de sua dignidade e a base real de seu direito de existir e de ser respeitada como os demais seres.²²

O novo constitucionalismo latino-americano, seguindo esta tendência do pensamento ético contemporâneo, calcado nas noções de responsabilidade e solidariedade, bem como na valorização da natureza também como fim em si mesma, vem incorporando esta concepção, com reflexos claros na atual Constituição do Equador, em cujo texto são reconhecidos direitos próprios à natureza, à Mãe Terra, conforme dispõe seu art. 71, *in verbis*:

Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidade podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas y a los colectivos, para que protejan la naturale-

²¹ VERNENGO, Roberto José. **Curso de Teoria General del Derecho**. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales: Buenos Aires, 1972, p. 221

²² BOFF, Leonardo. **A Terra como sujeito de dignidade e de direitos**. Disponível em <<http://mercadoetico.terra.com.br/arquivo/a-terra-sujeito-de-dignidade-e-de-direitos-2/>>. Acesso em 10/01/2012, às 15h

za, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.²³

Resta saber se, no cotidiano das atividades dos juristas equatorianos, esta proclamação de direitos próprios à Terra, cuja dignidade também é reconhecida, encontra ressonância na proteção eficaz ao meio ambiente natural das agressões e impactos negativos aos quais está submetido diariamente.

Outra noção importante, já desenvolvida pelo Direito Ambiental é o conceito de macrobem²⁴, para contrapor-se àquela perspectiva tradicional, jusprivatista, que considera a proteção isolada a alguns elementos da biosfera e reconhece o meio ambiente como um simples bem de uso comum do povo, cujo dano implicaria uma mera reparação de danos, de natureza patrimonial, nos moldes da afirmação civilista segundo a qual a todo aquele que viola direitos, cumpre reparar o dano provocado. Não é necessário que o dano efetivo aconteça para que o macrobem ambiental seja objeto de proteção pelo Direito Ambiental, muito menos precisa haver a certeza de que o dano vá ocorrer de fato para inibir a ação, o que justifica a existência dos princípios da prevenção e da precaução. Como acentua Feldmann,

[...] não podem a humanidade e o próprio Direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob

²³ EQUADOR. *Constitucion del Ecuador in Political Database of Americas*. Disponível em <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html#mozTocId671275>>. Acesso em 13/01/2012, às 13h

²⁴ Para Morato Leite, “o meio ambiente considerado em sua amplitude (macrobem ambiental) é amplo, de natureza imaterial, indivisível e difuso. O macrobem ambiental não se confunde com os elementos corpóreos que o integram, a exemplo da árvore, do solo e dos animais. Esses são os chamados microbens ambientais.” (Cf. MORATO LEITE, José Rubens. *Estado de Direito Ambiental: um novo paradigma para o século XXI in WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luiz Nogueira. Estudos de Direito de Propriedade e Meio Ambiente*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 196)

a violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos?²⁵

No que concerne ao direito de propriedade, tratá-la como mero direito subjetivo é concebê-la restringida apenas pelo abuso de direito, o que significa limitar a compreensão do instituto numa época em que se está a exigir da propriedade que esta atenda a sua função ambiental, ecológica e social. Enquanto a limitada teoria do abuso de direito impõe ao proprietário apenas prestações negativas, a perspectiva que compreende a propriedade como relação jurídica complexa permite compreender a existência de prestações positivas a serem realizadas pelo detentor do direito de propriedade²⁶. A diferenciação entre a *função ambiental*, a *função ecológica* e a *função social* revela-se de particular importância prática, pois no eventual conflito entre elas, deve prevalecer, a função ambiental da propriedade em caso de dúvida (*in dubio pro natura*). Afinal, um dano ou lesão ao meio ambiente muitas vezes é irreversível, sendo possível recuperar alguns danos sociais pela simples melhoria das condições de vida da população afetada. Segundo Morato Leite, as lesões ao meio ambiente “são primordialmente difusas, incertas, de difícil comprovação do nexo causal e de reparabilidade peculiar, considerando-se as características do sistema ecológico”²⁷.

Neste novo cenário, como se vê, “urge uma mudança em toda a ordem jurídica, para atender ao princípio da solidariedade e ao valor da sustentabilidade”, como assevera Germana Belchior²⁸. Não é compreensível que tal

²⁵ FELDMANN, Fábio *apud* MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 145

²⁶ Para o Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias, a função social da propriedade é corolário da função social dos contratos e da função social da empresa. Pela função social da empresa, os interesses de quem organiza a empresa não podem, portanto, prevalecer de modo absoluto, mas têm de ser ponderados com outros interesses, afirmação com a qual concordamos.

²⁷ MORATO LEITE, José Rubens. Estado de Direito Ambiental: um novo paradigma para o século XXI *in* WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luiz Nogueira. Estudos de Direito de **Propriedade e Meio Ambiente**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 194

²⁸ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. A Função Ambiental da Propriedade como Instrumento de Efetivação do Estado de Direito Ambiental *in* WACHOWICZ, Mar-

mudança ocorra sem que uma teoria jurídica venha dar também sua colaboração na reconstrução e delimitação do novo quadro conceitual que se delinea, dando-lhe os fundamentos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o nosso ordenamento jurídico e vários tratados e convenções internacionais por ele ratificados e incorporados tenham proporcionado consideráveis avanços no trato da matéria ambiental, não sendo necessário que nenhum magistrado assuma postura de ativismo judicial em face dos conflitos de natureza ambiental, haja vista a riqueza da legislação e das construções doutrinárias já existentes, é possível constatar a ausência de uma teoria fundamental do Direito Ambiental que seja capaz de ir além da crítica ao antropocentrismo, uma teoria apta a acompanhar a tendência filosófica representada pela ética da responsabilidade e pela ecologia profunda, para propor conceitos capazes de dar conta deste novo e grandioso objeto do agir humano, a ecossfera, com a finalidade de protegê-lo da ação predatória.

Em que pese a construção de conceitos doutrinários importantes, para além das categorias jusprivatistas, dos quais são exemplos o conceito de *macrobem* e o conceito de *função ambiental da propriedade*, as categorias fundamentais da teoria do direito, como é o caso da categoria *sujeito de direito* ainda enfrentam sérios obstáculos epistemológicos na tentativa de ampliar-se para abarcar este macrobem (o meio ambiente), ao qual poderiam ser reconhecidos também direitos próprios, a exemplo do que faz a atual Constituição do Equador, na esteira do novo constitucionalismo latinoamericano.

Diante de tais dificuldades, a evolução de uma concepção estruturalista para uma abordagem funcionalista do direito e dos institutos jurídicos, entre os quais o instituto da propriedade, constituiu inegável avanço. No que concerne a análise específica do direito de propriedade, tais abordagens podem até ser reconhecidas como complementares. Para Matias,

cos; MATIAS, João Luiz Nogueira. Estudos de Direito de **Propriedade e Meio Ambiente**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 328

[...] importa deixar claro que as abordagens estrutural e funcional não são excludentes, são complementares, o que significa dizer, em relação à propriedade, que a sua função passa a compor a sua estrutura, como elemento que a conforma e a vincula. Essa foi a opção do legislador constituinte, ao conceber o direito à propriedade privada vinculado à sua função social.²⁹

Assim, pode-se concluir que a teoria jurídica precisa colaborar com a construção do Estado de Direito Ambiental, desenvolvendo categorias conceituais adequadas e ampliando aquelas que se achem limitadas pela conformação aos padrões do Direito Civil e suas acríticas teorias gerais.

Conceitos como os de *sujeito de direito* e de *relação jurídica* já demandam uma ampliação capaz de permitir que o primeiro contemple e reconheça direitos de sujeitos não-humanos, ampliando o conceito kantiano de fim em si para reconhecer a existência de direitos próprios da natureza e admitir que o segundo incorpore a existência de relações jurídicas complexas, das quais a propriedade é o exemplo mais contundente.

Ainda no que concerne ao conceito de relação jurídica, é importante que se afirme a necessidade de ampliação do conceito para além da idéias tradicionais quem exigem certa simetria de direitos e obrigações entre sujeitos, os quais nem sempre se encontram numa relação de proximidade e simultaneidade. A complexificação das relações jurídicas, para abranger possíveis relações entre sujeitos que já existem e outros que ainda não são reconhecidos como existentes, como é o caso, por exemplo, das gerações futuras ou do embriões humanos viáveis, congelados em nitrogênio líquido para utilização em técnicas de reprodução assistida e ainda não implantados no útero, exige dos juristas a capacidade de repensar conceitos jurídicos tradicionais.

²⁹ MATIAS, João Luiz Nogueira. O Fundamento Econômico e as Novas Formas de Propriedade in WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luiz Nogueira. Estudos de Direito de **Propriedade e Meio Ambiente**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009 p. 108

Como destaca Jonas, “o controlo biológico do homem, especialmente o controlo genético, levanta questões éticas de um tipo totalmente inédito, para as quais nem a *praxis* nem o pensamento anteriores nos prepararam”³⁰.

Em relação à relação jurídica entre gerações presentes e gerações futuras, toda uma gama de direitos intergeracionais, caracterizados pela solidariedade, pela responsabilidade e pela sustentabilidade, por isto mesmo não necessariamente recíprocos, passa a configurar-se no horizonte da sociedade de risco e da civilização científico-tecnológica, no seio das quais atualmente vivemos. Somos todos responsáveis pela preservação da vida humana autêntica em face das intervenções das ciências, em particular da engenharia genética e das biotecnologias, no domínio da vida. As gerações futuras, ainda que não possam manifestar-se hoje sobre o que estamos fazendo e para onde estamos conduzindo a realidade humana/natural, precisam ter reconhecido o seu direito de existir e dirigem-nos um apelo primordial para que, como afirma Jonas, ao agirmos, façamo-lo de tal maneira que os efeitos de nossa ação “sejam compatíveis com a permanência da vida genuína” ou ainda, em sua fórmula negativa, não devendo comprometer “as condições de uma continuação indefinida da humanidade sobre a terra”, sendo necessário que, nas nossas escolhas e opções presentes, incluamos “a futura integridade do Homem entre os objetos de nossa vontade”³¹.

É importante entender também que este apelo não se dirige apenas ao indivíduo, sujeito de direito atomizado que a modernidade erigiu como centro de suas preocupações, mas direciona-se, sobretudo, aos responsáveis pelas decisões e políticas públicas³², aos sujeitos coletivos de direito, cuja

³⁰ JONAS, Hans. **Ética, Medicina e Técnica**. Trad. Antonio Fernando Cascais. Veja: Lisboa, 1994, p. 63. Entre as questões éticas que passa a examinar, Jonas destaca: o acasalamento controlado, os exames fetais como instrumentos de eugenia negativa ou preventiva, além dos riscos da eugenia positiva ou de melhoramento; os modelos futurísticos, como a clonagem, a arquitetura do DNA e a potencialidade manipuladora da biologia molecular; a experimentação em pacientes e a redefinição das fronteiras da vida e da morte como resultado do progresso das técnicas médicas

³¹ JONAS, Hans. **Ética, Medicina e Técnica**. Trad. Antonio Fernando Cascais. Veja: Lisboa, 1994, p. 46

³² JONAS, Hans. **Ética, Medicina e Técnica**. Trad. Antonio Fernando Cascais. Veja: Lisboa, 1994, p. 46

atuação pode representar a preservação ou a destruição da vida, da biosfera e, com ela, toda a possibilidade de existência do direito.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. 3ª edição. São Paulo: Paulus, 2006

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Madrid: Paidós, 1998

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007

BOFF, Leonardo. **A Terra como sujeito de dignidade e de direitos**. Disponível em <<http://mercadoetico.terra.com.br/arquivo/a-terra-sujeito-de-dignidade-e-de-direitos-2/>>. Acesso em 10/01/2012, às 15h

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

DI FELICE, Massimo e PIREDDU, Mario (orgs.). **Pós-humanismo**: as relações entre o humano e a técnica na época das redes. São Caetano do Sul-SP: Difusão Editora, 2010

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Vários tradutores. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998

EQUADOR. *Constitucion del Ecuador in Political Database of America*. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html#mozToCId671275>>. Acesso em 13/01/2012

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**: a defesa do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente

natural no Brasil. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009

GUERRA, Sidney e GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009

JOACHIM, Christian e PLÉVERT, Laurence. **Nanociências**: a revolução invisível. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-RIO, 2006

JONAS, Hans. **Ética, Medicina e Técnica**. Trad. Antonio Fernando Cascais. Veja: Lisboa, 1994

JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética**: sobre la práctica del principio de responsabilidad. Traducción Carlos Fortea Gil. Paidós: Barcelona, 1996

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

MAILLÉ, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3ª edição. Lisboa: Editorial Estampa, 2005

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

PACHUCKANIS, Eugene B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

VILLEY, Michel. **Philosophie du droit**. Paris: précis Dalloz, 1975

WACHOWICZ, Marcos e MATIAS, João Luis Nogueira (orgs.). Estudos de Direito de **Propriedade e Meio Ambiente**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009

WEIL, Pierre. **A Arte de Viver em Paz**: por uma nova consciência e educação. tradutores Helena Roriz Taveira, Hélio Macedo da Silva. São Paulo: Editora Gente, 1993.